



Anskaffelser – handlingsrom og fleksibilitet

EØS-avtalen art 123, rene samarbeidsavtaler og andre unntak

NMLF logistikkonferanse 2023, advokat Morten Goller

Gardermoen, 20. juni 2023, 1045 - 1115

Wiersholm

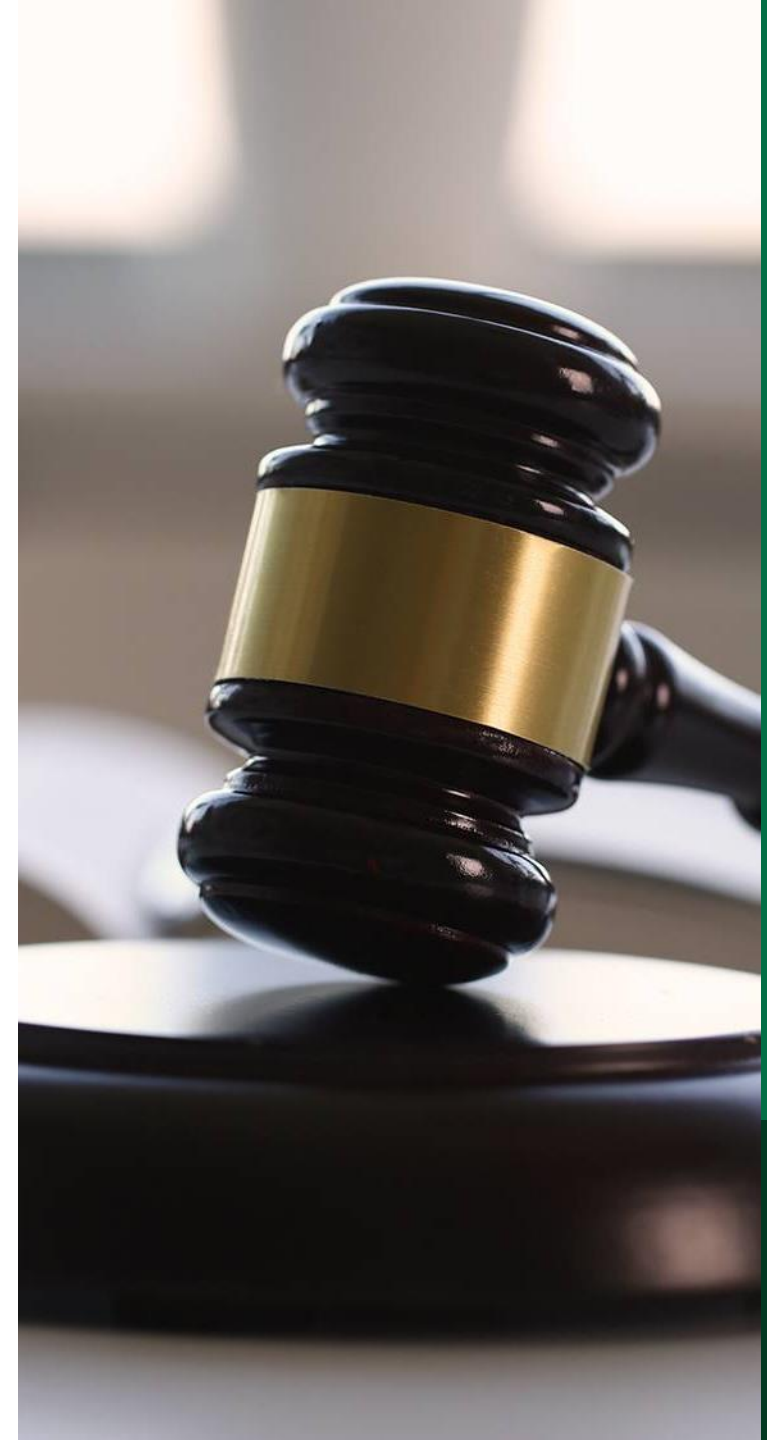
Agenda

- 01 Anskaffelsesreglernes anvendelsesområde
- 02 Tendenser for næringslivets rolle i fremtidens totalforsvar i EU og nasjonalt
- 03 Handlingsrom og fleksibilitet under dagens regelverk

01 Anskaffelsesregelens anvendelsesområde

Anskaffelsesreglens anvendelsesområde

- Alle offentlige anskaffelser med verdi over 100 000 kr er underlagt anskaffelsesregelverket
 - Varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeider
- Forsvarsanskaffelser er underlagt forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA)
 - Så fremt anskaffelsen gjelder forsvarsmateriell mv., ellers gjelder de alminnelige anskaffelsesreglene
- FOSA har (noe) mer fleksible regler for i større grad å ivareta behovet for effektive og omfangsrrike innkjøp, samt nasjonal sikkerhet
 - Hovedregel er fortsatt konkurranseutsetting



Generelle unntak fra FOSA

- FOSA § 1-3 (2) bokstav c: unntak for kontrakter som tildeles "*som ledd i et samarbeidsprosjekt basert på forskning og utvikling og som gjennomføres av EØS-stater i fellesskap for å utvikle et nytt produkt*"
- FOSA § 1-3 (2) bokstav h: unntak for kontrakter en stat tildeler en annen stat
- FOSA § 1-3 (3): unntak for anskaffelser som er regulert av andre anskaffelsesregler enn det ordinære anskaffelsesregelverket
 - Ingen av unntakene er spesielt praktisk anvendelige, som hovedregel gjelder anskaffelsesreglene for alle innkjøp



02 Tendenser for næringslivets rolle i fremtidens totalforsvar i EU og nasjonalt

Konkrete mål fra EU-kommisjonen

- EU har et mål om å bli en sterkere sikkerhetsleverandør og jobber med konkrete planer for å nå målet.
 - *"The Commission will consider possible amendments to the framework for dual-use research and innovation to improve synergies between civil and defence instruments"*
 - *"The Observatory of Critical Technologies, currently being set up by the Commission, will continue to enhance synergies between EU programmes and instruments on research and innovation. In particular, in 2023, the Commission will present an approach for encouraging dual-use research and innovation at EU level, targeting goods, technology and software that can be used for both civil and military purposes."*
- Økt rom for sivil-militært samarbeid er et viktig element i arbeidet, og endrede anskaffelsesregler et aktuelt virkemiddel



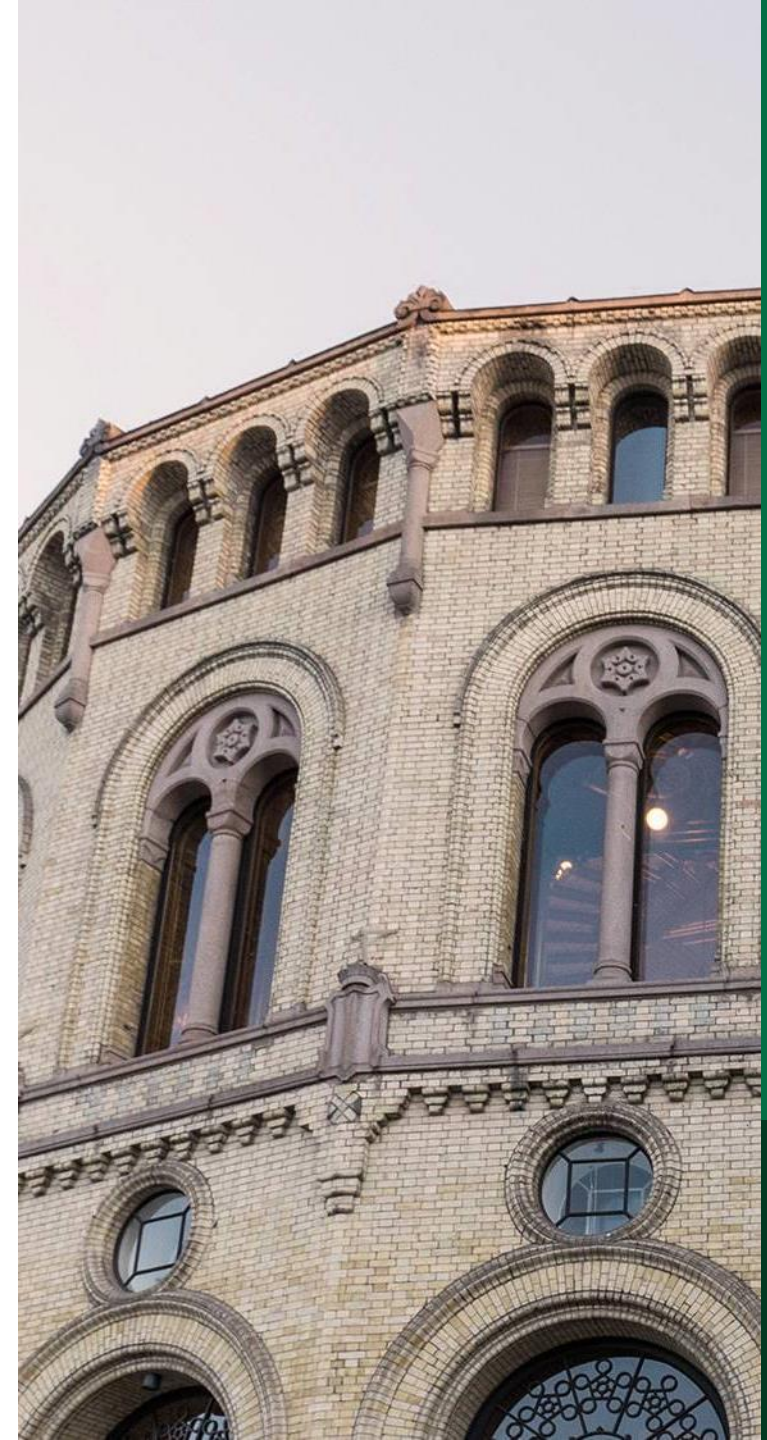
Arbeid i Norge (i)

- Ny NOU til Justis- og beredskapsdepartementet (NOU 2023: 17)
 - *"God beredskap og krisehåndtering vil som oftest være avhengig av næringslivets ressurser. Samfunnets evne til å håndtere en krise beror blant annet på hvor godt næringslivet er i stand til å bidra med sine ressurser. I praksis er det et spørsmål om i hvor stor grad næringslivets ressurser er integrert i samfunnets samlede beredskap gjennom egenberedskap, planverk, organisasjon og ledelse."*
- Komitéen anbefaler å øke tidsbegrensningen på rammeavtaler og ser på Finlands regelverk med "industripools".



Arbeid i Norge (ii)

- NOU 2023:17, utvalget vurderer beredskapssamarbeidet mellom offentlig sektor og næringslivet i fire "spor":
 - 1) regelverk (særlig rammeavtaler av lengre varighet),
 - 2) partnerskap gjennom særskilte avtaler hvor næringslivsaktører stiller sine ressurser til disposisjon,
 - 3) samhandlingsarenaer og
 - 4) myndighetens informasjonsdeling med næringslivet (pkt 12.3).



Arbeid i Norge (iii)

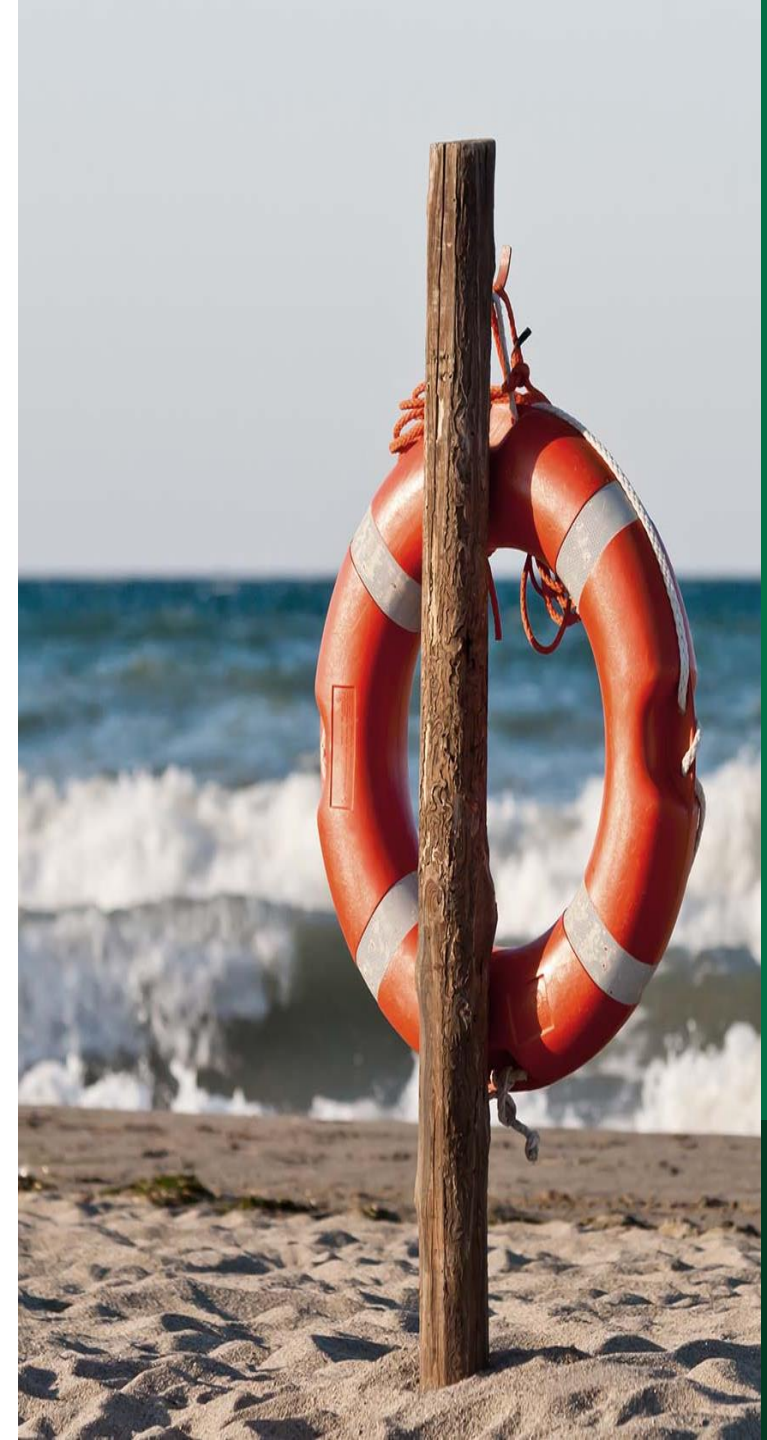
- NOU 2023:17: Kommisjonen peker spesielt på Finlands regelverk som i større grad hensyntar nasjonal beredskap ved at industriaktører samarbeider med myndigheter og det finske forsvaret.
 - Konkret har det finske forsvaret etablert strategiske partnerskap med forskjellige industriaktører for beredskap i fred, krise og krig.
 - De tre viktigste aktørene, Patria, Milog og Insta, leverer logistikk-, vedlikeholds- og teknologitjenester.
 - De strategiske avtalene er ikke-tidsbegrensede partnerskapskontrakter, mens leveranseavtalene inngås med varighetsbegrensning.



03 Handlingsrom og fleksibilitet under dagens regelverk

Sivilt-militært samarbeid?

- Anskaffelsesreglene er en kompliserende faktor, men det ligger visse muligheter i *samarbeid*
 - Anskaffelsesreglene gjelder gjensidig bebyrdende kontrakter, ikke samarbeid
- Utviklingen går uansett i retning av mer fleksibilitet



Rene samarbeidsavtaler

- Selskap opprettet mellom det offentlige og private aktører er ikke underlagt anskaffelsesregelverket, jf. blant annet EU-domstolens sak C-215/09, Mehiläinen og C-332/20, Roma Multiservizi
- C-332/20, Roma Multiservizi
 - Byen Roma skulle stifte et felles selskap med en privat aktør, som skulle overta ansvar for forvaltning av en rekke skoletjenester
 - EU-domstolen uttalte at selskapet i seg selv ikke omfattes av anskaffelsesregelverket, men det må gjøres en vurdering av kontraktens "fremherskende element"
 - Hadde karakter av en omgåelse, skulle fulgt anskaffelsesreglene
- Eksempel fra Norge: Drammen kommune og selskapet Ticon Eiendom etablerte felles selskap for å utvikle Marienlyst-området



EØS-avtalen artikkel 123

"Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:

- a. som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser;*
 - b. som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål;*
 - c. som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet."*
- Formålet med bestemmelsen er å «sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning», jf. Høyesterett i Rt. 2005 s. 1638 (New Pac).
 - "Tiltak" er blant annet å delvis unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket, jf. KOFA-2003-27 og KOFA-2014-86

Nærmere om bokstav b

- Bokstav b oppstiller et forsvarsspesifikt unntak. Etter denne bestemmelsen kan anskaffelsen unntas anskaffelsesregelverket dersom den angår
 - 1) produksjon eller handel med våpen, ammunisjon, krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlig for forsvarsformål, eller
 - 2) forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål
- Våpen og ammunisjon er klart innenfor, men hva er "krigsmateriell"?
 - "Krigsmateriell" er materiell som i utgangspunktet er produsert med tanke på militærets særlige bruk, jf. tolkningsuttalelsen fra forsvarsdepartementet og KOFA-praksis (KOFA-2003-27 og KOFA-2014-86)
 - utfordring – ordlyden dekker varer, ikke tjenester?

"Militærets særlig bruk"

- KOFA-sak 2014/86
 - *"Innklagede har opplyst at lastevognene som skal anskaffes, til dels er tungt pansret, utstyrt med forskjellige våpensystemer og for øvrig kjennetegnes av omfattende militære integrasjonskrav. Innklagede har opplyst at lastevognporteføljen inngår som en del av forsvarets samlede militære logistikkapasitet, og er tilpasset forsvarets særegne behov. Lastevognene skal ha integrert K2IS materiell (kommmando,- kontroll-, og informasjonssystemer), elektroniske jammere, (electronic countermeasure), EMC (electromagnetic compatibility), røykutskytere og våpen/våpenmontasjer/fjernstyrte våpenstasjoner. En stor andel av kjøretøyene skal også leveres ferdig pansret for bruk i utenlandsoperasjoner, og de fleste kjøretøyene vil leveres forberedt til pansring*
 - *Ut fra innklagedes beskrivelse legger klagenemnda til grunn at de aktuelle lastebilene, er produsert med tanke på militærets særlige bruk, og ikke er beregnet for, eller egnet til, sivilt bruk. Lastebilene er produsert med tanke på militærets særlige bruk og er etter klagenemndas syn å anse som «krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål». Anskaffelsen kan dermed etter sin karakter være omfattet av unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 123."*

EU-domstolens vurdering av tilsvarende bestemmelse

- I sak C-337/05 vurderte EU-domstolen om kjøp av sivile helikoptre som hovedsakelig skulle brukes sivilt, men muligens også militært, var omfattet.
 - EU-domstolen kom til at dette ikke var tilstrekkelig for at unntaket kunne påberopes.
 - I den anledning uttalte også EU-domstolen at resultatet ikke ville blitt annerledes dersom helikoptrene hovedsakelig skulle brukes til militære formål, ettersom helikoptrene kunne anvendes til både sivile og militære formål.
- EU-domstolen har imidlertid senere myket opp denne linjen i noen grad.
 - I sak [C-615/10](#) kom domstolen til at materiell til forsvarsformål med mulighet for tilsvarende sivilt anvendelsesområde kan omfattes av unntaket, så fremt materiellet er "designet eller produsert for forsvarsformål". Saken gjaldt anskaffelse av dreieplattformer til det finske forsvaret de dreieplattformene var satt sammen av sivile komponenter.
- Også i sak C-246/12 konkluderte EU-domstolen med at statsstøtte til skipsverft ikke kunne unntas anskaffelsesregelverket ettersom skipsverftet, som hovedsakelig opererte militært, også var noe involvert i det sivile markedet.

Nærmere om bokstav c

- Staten kan treffe tiltak:
 - som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden,
 - i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller
 - for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet
 - Det er opp til statens skjønn å vurdere om det foreligger alvorlig internasjonal spenning, jf. "som den anser" og Prop.90 S (2021–2022) s. 35



Annen rekkevidde i dag?

- Bokstav c utvider handlingsrommet i to situasjoner
 - *ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig,*
 - *for å oppfylle forpliktelser [Norge] har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet*
- Større handlingsrom (også mht. tjenester) i dagens situasjon?
- Uansett større handlingsrom ved internasjonale operasjoner (der behovet kanskje er størst)?

Takk for oppmerksomheten!

mgo@wiersholm.no

95856428